

ESTUDIO INTRODUCTORIO

En 1994 nuestra Constitución fue objeto de una reforma que comprometió a más de la mitad de su articulado. Cabe destacar que un porcentaje sustancial de las nuevas disposiciones no se encuentran en vigencia aún. Así ocurre con la Ley de Coparticipación de Impuestos, con el cumplimiento de las exigencias que surgen del art. 42 para la organización de los entes reguladores de servicios públicos, para solo mencionar dos casos. La Comisión Bicameral Permanente para el control de las facultades legislativas del presidente, por caso recién fue reglamentada doce años después de la reforma¹. Nuestra asociación ha decidido publicar la presente obra, cuyos capítulos han sido escritos por muchos de los más importantes publicistas de nuestro país. Se trata de revisar el contenido de la enmienda con una mirada alejada de las pasiones que despertó hasta bastante tiempo después de su sanción. Los diferentes institutos tanto, de la parte dogmática como de la orgánica, son objeto de una cuidadosa observación a la luz de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina.

Vale recordar que el Pacto de Olivos, instrumento firmado por los ex presidentes Alfonsín y Menem, la precedió. El acuerdo se sustentó en dos pilares básicos, por un lado asegurar la reelección continuada del presidente y por el otro atenuar el presidencialismo. Así las cosas, la ley declarativa de la necesidad de la reforma contenía un artículo denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas” en el que estaban contemplados los cambios acordados en el Pacto. Esta parte de la reforma solo podía ser ratificada o rechazada *in toto* por la Convención Constituyente en abierta contradicción con el art. 30 de la Constitución que le concede a este órgano la competencia de realizar la reforma. En otra cláusula se incluyeron los temas habilitados a modificar, muchos de ellos atinentes a la parte dogmática de la Constitución.

La evolución institucional ocurrida en nuestro país permitió, en abierta contradicción con lo que establecía nuestra Constitución hasta la reforma de 1994, que el

¹ Ley 26.122

presidente de la Nación dictara actos de contenido legislativo, a través de tres modalidades diferentes. Son ellas: los decretos de necesidad y urgencia, los decretos delegados y la promulgación parcial de leyes. Frente a tamaña enormidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación se vio obligada a elaborar estándares de interpretación susceptibles de limitar la desmesura del desempeño presidencial en la materia. Sin embargo, con el tiempo la situación lejos de mejorar tendió a empeorar. El constituyente reformador de 1994 consideró necesaria la incorporación al texto de la Ley Fundamental de los tres institutos a los que hemos hecho referencia, de modo de establecer, por una parte, la regla general según la cual, las tres herramientas le están prohibidas al primer mandatario. Por otra parte, se le debían conceder excepcionalmente estas facultades pero rodeadas de un esquema apropiado de controles que impidieran que se continuara con los abusos. Así las cosas, de los arts. 76, sobre delegación legislativa de facultades, 80 sobre promulgación parcial de leyes y 99, inc. 3º sobre decretos de necesidad y urgencia, surge un esquema de fiscalización a cargo del Congreso, que reposa fundamentalmente en una Comisión Bicameral Permanente. Pero el presidente continúa ejerciendo facultades legislativas constitucionalizadas haciendo caso omiso al único mecanismo de control de las mismas, ajeno al Poder Ejecutivo. Ello, gracias a que hasta 2006 no había sido sancionada la norma reglamentaria de la mencionada Comisión y luego de su sanción, gracias a la latitud que ella tiene.

La reforma de 1994 operó ampliamente sobre el sistema de derechos y garantías, pese a las dificultades que se le planteaban al constituyente con la modificación de la parte doctrinaria de la Constitución ya que recordemos que la ley 24.309 vedaba bajo pena de nulidad todo cambio en los arts. 1º a 35. En función de este mandato el constituyente de reforma asumió la decisión de incorporar nuevos derechos y garantías y de agregar otros contenidos doctrinarios a los ya existentes, a través de la atribución de nuevas facultades al Congreso, de modo tal que la redacción de la Ley Fundamental exhibe un nuevo perfil institucional en la materia.

Este marco de referencia renovado produce como lógica consecuencia la ampliación del "techo ideológico" de nuestra Ley Fundamental. Bidart Campos lo denomina "techo principista-valorativo" en el tomo VI de su *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Toda Constitución encuentra su marco de referencia en diversas expresiones contenidas en distintas partes de su articulado. En lo referente a la nuestra, luego de su sanción, la ideología del constituyente del 53 surgía con claridad, principalmente, del Preámbulo y de la denominada "cláusula del progreso", art. 75, inc. 18 (ex 67, inc. 16). A partir de allí se insinuaba el sentido de las decisiones y acciones a ser tomadas y llevadas a cabo por los responsables gubernamentales. Con posterioridad, nuestra Constitución incorporó en la reforma de 1949 y, luego de la derogación de esta, con la sanción del art. 14 bis, por la Convención Constituyente de 1957, típicas cláusulas de contenido social, que no solo consagran el derecho al trabajo, sino que le imponen al legislador claros cometidos tendientes a asegurar al trabajador

condiciones dignas de labor, jornada limitada, retribución justa, protección contra el despido arbitrario, organización sindical, derecho de huelga, etcétera.

Esa evolución hacia el constitucionalismo social se consolida con la reforma de 1994 que le asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos y crea un mecanismo para que otros puedan alcanzar esa jerarquía, y por la incorporación de los incs. 19 y 23 al art. 75 de la Constitución. Este último con claras reminiscencias de la Constitución italiana de 1948, le impone al Congreso el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales.

Esta nueva impronta del constitucionalismo social se consolida en la reforma constitucional con el deber del Congreso de promover lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores (art. 75, inc. 19). Resumido, al Estado le cabe el deber de elegir las acciones tendientes a optimizar los resultados que posibiliten el desarrollo de la persona humana en sociedad y al progreso económico dentro de un marco de equidad. Estas dos cláusulas son típicamente programáticas, su implementación requiere de leyes "medidas" del Congreso, único responsable en la determinación del momento más propicio para la concreción de las mismas. Todas sus prescripciones se encuentran influidas por un alto grado de contenido ideológico.

El ya citado inc. 19 tiene una presentación casi idéntica a la vieja "cláusula del progreso" (actual inc. 18 del mismo artículo), en lo que hace al modo de formular grandes objetivos a ser plasmados en la legislación futura a los que debe "proveer" el Congreso nacional. A nuestro entender se trataría de una suerte de extensión del inciso anterior. Esta nueva disposición completa a su predecesora a través de una variada serie de postulados que se entroncan en su mayoría con las bases del denominado constitucionalismo social. La concreción de toda esta panoplia de acciones solo podría concretarse por medio de una herramienta de fuerte intervención en la vida socio-económica de la comunidad, como lo es el denominado "estado de bienestar". Hoy estas acciones no tienen por qué ser llevadas a cabo directamente por el Estado, este podría perfectamente "tercerizar" muchas de ellas con el concurso de la vasta gama de organizaciones sociales que hoy exhibe la sociedad argentina, las que son englobadas bajo variados términos, como por ejemplo: "sector social" o "representación de la sociedad civil".

A través de las grandes directivas contempladas en los cuatro párrafos del inc. 19, que hacen al modo de desarrollo con equidad, a un federalismo igualitario, a una educación gratuita y amplia, a la defensa del patrimonio cultural, se refleja también la ideología de la reforma. Aparece claramente la voluntad del constituyente de reforma de ordenarle a los gobernantes la realización de acciones "positivas" que permitan que tan importantes objetivos puedan hacerse realidad.

El valor desarrollo humano obra como una suerte de centro de confluencia, ya que para que su vigencia quede asegurada es preciso que operen los componentes analizados en el punto precedente. En efecto, se logra tal evolución de la persona cuando la existencia de ciertas notas objetivas y subjetivas, en su conjunto, hacen posible una convivencia que se desenvuelva en un marco de igualdad y de dignidad. Ahora bien, ¿cómo hacer para saber que en un determinado lugar, en una determinada situación, para una comunidad o para una persona impera este valor, en tanto “faro” de sus condiciones existenciales? Ello no nos parece una tarea factible desde la teoría, a nuestro entender los elementos a utilizar para poder ponderar dicha situación variarán en función de las circunstancias temporales y espaciales. Claro que, dadas dichas particularidades se podrá determinar si en el caso bajo examen se está efectivizando una dinámica que permita precisamente observar con claridad todo cuanto denota el término desarrollo humano.

Desarrollo humano importa una idea de evolución, de progresión hacia un “techo” de las condiciones de vida que se va elevando y que para nuestra observación debe concretarse en una tendencia creciente hacia la satisfacción de aquellas necesidades que hacen a la igualdad y a la dignidad de la existencia humana, sin olvidar la calidad de vida, la que surgirá de las condiciones del entorno en que la misma transcurre. La Constitución reformada utiliza la expresión desarrollo humano en los ya analizados incs. 19 y 23 del art. 75, la que es nuevamente empleada en el inc. 17. En este último caso el constituyente lo hace cuando se ocupa de los derechos de los “pueblos indígenas argentinos”. Allí, la voz hace las veces de patrón de medida a los efectos de la determinación del *quantum* de las tierras que les deberían ser entregadas a las comunidades indígenas.

Por último, en la parte dogmática nuestra expresión solo aparece incluida en uno de los artículos del Capítulo Segundo —agregado por la reforma—, titulado “Nuevos derechos y garantías”. Es en el art. 41 en el que se consagra el derecho de todos los habitantes “... a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras ...”. Es decir que el desarrollo humano aparecería para el constituyente como un equivalente del desarrollo sustentable. Creemos que es en esta parte del texto constitucional de donde surgiría con mayor vehemencia la concepción de un modelo de desarrollo en el que confluyen las variables ambiental, económica, social y cultural. Se trata de una temática transversal que se deriva de la consideración conjunta de la cuestión ambiental y de su protección y de todo lo atinente a la producción para el desarrollo de una comunidad.

En suma, un balance de la reforma permite sostener que las modificaciones a la parte orgánica de la Constitución han llevado al fortalecimiento de las potestades presidenciales y la creación de organismos que reconocen una dinámica ligada a la lógica de reparto de poder entre los partidos, más que al logro de los controles para cuya concreción fueron concebidos. Por el contrario, las modificaciones a la par-

te dogmática han permitido numerosos avances en el campo de la defensa de los derechos humanos, como ha ocurrido con la frondosa jurisprudencia relacionada con temas como el amparo, entre otros, y la incorporación al derecho interno de importantes aspectos de derecho internacional contenido en tratados.

Curiosamente, la Argentina luego de más de tres décadas de tránsito a la democracia ha ingresado en una preocupante declinación de sus instituciones tomadas del constitucionalismo, que presenta los rasgos propios de lo que “la teoría constitucional califica como *desconstitucionalización*. Esto es, a los procesos que experimenta un Estado cuando, por diversas razones, las reglas más elementales de su Constitución son gradual y permanentemente inobservadas”. Así el esquema democrático fue modificándose por decisiones de sus operadores, observándose en el plano de la Constitución material un crecimiento de las potestades presidenciales y del Gobierno federal, en detrimento de los otros órganos de poder y de las autonomías provinciales. Se produjo así el “desmontaje” de la Constitución, fenómeno que, según relata Sagüés, Werner Kágy atribuye a la decadencia o desplazamiento de lo normativo-constitucional, “entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza normativa de la Ley Suprema, entre los cuales menciona: a) el derecho de emergencia; b) la admisión de la doctrina del ‘quebrantamiento constitucional’ por vía consuetudinaria; c) la delegación de competencias legislativas y la concesión de plenos poderes al Ejecutivo, confiriéndole un ‘poder constitucional exorbitante’; d) la admisión de la reforma o cambio de la Constitución por medio de la interpretación constitucional (dinámica o putativa), o por un procedimiento distinto al previsto por la propia Constitución, y e) recurrir a la ‘adaptación de la Constitución’ como estrategia de evasión de las directrices constitucionales”².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisdicción encargada de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tomado partido al respecto. También en este caso nos parece importante dar lectura a uno de los considerandos más importantes de una de sus sentencias más emblemáticas; allí ha expresado que “esta obligación —hace referencia al control de la observancia de los derechos que la misma contiene— implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”³.

² Sagüés, *El concepto de “desconstitucionalización”*, LL, ejemplar del 13/4/07, ps. 1 a 3.

³ Corte IDH, 29/7/88, “Velázquez Rodríguez”, párr. 166.

Pues bien, precisamente es la falta de controles lo que caracteriza a nuestra realidad institucional. Por ello no podemos sino coincidir con Gargarella, quien sostiene que: "Contamos hoy con un sistema de relación entre los poderes que no asegura el equilibrio que proclamaba en sus inicios, sino que aparece desequilibrado hacia el Poder Ejecutivo, con consecuencias tan previsibles como lamentables: todo el sistema institucional ha quedado ladeado hacia el Ejecutivo. Resulta frecuente (aunque no necesario), por lo tanto, que los aparatos judiciales sistemáticamente se inclinen a favorecer al poder presidencial de turno (que goza de una influencia especial en el nombramiento de los jueces y que disfruta de poderes de presión particulares sobre estos), como resulta habitual que las legislaturas se conviertan en órganos opacos dependientes de la iniciativa presidencial y sometidos a la autoridad del Ejecutivo. Pasamos entonces del sistema de equilibrios y balances deseado a uno diferente, caracterizado por el sometimiento o, eventualmente, la confrontación entre poderes"⁴. Por este motivo este autor denomina a la parte orgánica "la sala de máquinas"⁵, en tanto asegura que los derechos sean objeto de aplicación y de cumplimiento. Si falla la primera esto irá necesariamente en desmedro de las libertades, pues quedan absolutamente en manos de presidentes sin límites que ejercerán el poder de manera desmedida y haciendo de los gobernados verdaderos súbditos.

Más allá de las valoraciones, esta publicación pretende ser un elemento de análisis y de reflexión en torno a la reforma constitucional más importante de la historia constitucional argentina, a excepción de la del '49 que tuvo una muy breve vigencia. Creemos que su sanción importó el cierre de muchas heridas que quedaron en el pasado, gracias al voto de los representantes de todo el arco político de nuestro país, tiene una mayor legitimidad que la que poseen las anteriores reformas.

La coordinación de la obra ha estado a cargo de Pablo Manili, quien como ya nos tiene acostumbrados ha realizado una magnífica labor. Vaya nuestro agradecimiento a Pablo por tan destacado trabajo.

DANIEL A. SABSAY

Buenos Aires, diciembre de 2018

⁴ Gargarella, *Los derechos relegados de la Constitución*, en diario "La Nación", ejemplar del 5/8/14.

⁵ Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*, 2014.